

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation sur les marchés publics : une première approche...**

De Roy, David

*Published in:*

L'entreprise et le droit = Tijdschrift voor aannemingsrecht

*Publication date:*

2001

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

De Roy, D 2001, 'Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation sur les marchés publics : une première approche...', *L'entreprise et le droit = Tijdschrift voor aannemingsrecht*, Numéro 3, p. 231-250.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation sur les marchés publics. Une première approche ...<sup>1</sup>

La situation des filiales d'entreprises publiques au regard de la législation sur les marchés publics ne paraît pas encore avoir suscité une attention soutenue dans la doctrine. Ces entités ne se présentent sans doute pas aisément à une étude systématique: leur constitution et leurs interventions ne sont pas soumises à une publicité comparable à celle qui entoure les pouvoirs publics traditionnels; la collecte d'informations se révèle d'autant plus délicate. Par ailleurs, la position qu'elles occupent au regard de la *summa divisio* droit public/droit privé ne permet pas aux observateurs de bénéficier du confort d'une étude exclusivement basée sur l'un ou l'autre de ces deux modes d'approche qu'offre notre système juridique. Enfin, la multitude des formes que peut revêtir la filialisation dans le secteur public décourage-t-elle sans doute toute tentative d'approche globale.

Eu égard à ces difficultés, il peut paraître présomptueux de vouer une étude à cette question. Cela ne saurait toutefois justifier que les filiales d'entreprises publiques restent longtemps encore ignorées. Voilà donc ce qui nous a incité à y consacrer quelques développements.

Compte tenu de ce que ces filiales sont caractérisées, d'une part, par une dépendance étroite à l'égard de pouvoirs publics (et, plus particulièrement, les entreprises publiques) et, d'autre part, par une vocation à des activités très diversifiées (servant aussi bien l'intérêt général que des préoccupations d'ordre commercial) qui les font évoluer sur des marchés concurrentiels, leur situation au regard du droit des marchés publics peut être appréhendée de deux manières radicalement différentes, selon qu'elles apparaissent comme pouvoirs adjudicateurs ou comme entités souhaitant bénéficier de l'accès aux commandes passées par des pouvoirs publics, et notamment leurs sociétés-mères. Il nous paraissait donc opportun de considérer les filiales d'entreprises publiques sous ces deux facettes. Elles détermineront dans une large mesure le plan de cet article.

Notre contribution repose essentiellement sur la législation belge; néanmoins, pour d'évidentes raisons inhérentes à l'"européanisation" du droit des marchés publics<sup>2</sup>, nous n'hésiterons pas à prêter attention à d'autres systèmes juridiques (communautaire ou d'autres Etats membres). Ces références sont d'autant plus utiles que la jurisprudence belge en cette matière est particulièrement peu fournie. Par ailleurs, les hypothèses que nous formulons sont générales et se rapportent à l'"entreprise publique" au sens usuel du terme, et non aux seules entités visées par une législation particulière, telle la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques: l'entreprise publique s'entend donc de l'"organisme exerçant une activité économique (consistant en la production, la transformation ou la distribution de biens et/ou de services) et dans le fonctionnement duquel les pouvoirs publics jouent un rôle déterminant, que ce soit dans la détention d'une part importante de capital, dans la maîtrise des processus de décisions ou dans l'exercice de certaines formes de contrôle"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cette contribution ponctue des recherches initiées à la faveur d'échanges fructueux avec Messieurs M.-A. Flamme, Professeur émérite à l'U.L.B. et Ph. Quertainmont, Conseiller d'Etat et Professeur à l'U.L.B. Leurs encouragements et leur expérience dans le domaine du droit administratif de l'économie nous ont été d'un précieux soutien dont nous leur savons gré.

<sup>2</sup> Pour reprendre un terme cher à M.-A. et Ph. Flamme ("La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics: révolution ou européanisation?", J. T., 1994, pp. 385-402).

<sup>3</sup> D. De Roy, "La notion d'«entreprise publique» dans la législation relative aux marchés publics", E.D., 2001, p. 13.

De même la filiale sera considérée, dans une acception très large, comme étant toute société dans laquelle l'entreprise publique prend des participations directes ou indirectes.

Le lecteur devra sans doute parfois déplorer une approche assez abstraite du thème abordé. Comme nous l'avons suggéré ci-dessus, les enseignements de la pratique sont encore assez pauvres pour que nous ayons pu en faire pleinement bénéficier notre étude. Celle-ci doit davantage être considérée comme une évaluation théorique de l'aptitude de la législation sur les marchés publics à appréhender la situation particulière des filiales d'entreprises publiques. Un lecteur averti ...

## 1. La qualité de pouvoir adjudicateur est-elle héréditaire?

Pour répondre à cette question, deux aspects doivent être abordés: dans un premier temps, nous tenterons d'identifier les dispositions en vertu desquelles la qualité de pouvoir adjudicateur peut être reconnue à une filiale d'entreprise publique. Nous tenterons ensuite de suggérer quelques-unes des spécificités de la vocation d'une filiale d'entreprise publique et leur incidence sur la qualité de pouvoir adjudicateur.

### 1.1. Définition du chef d'assujettissement de la filiale

Une constatation s'impose d'emblée: les filiales d'entreprises publiques ne sont pas explicitement visées comme pouvoirs adjudicateurs par la législation belge, pas plus que par les directives communautaires relatives à la coordination des procédures de passation de marchés publics.

Une hypothèse fait immédiatement suite à ce constat: ces filiales d'entreprises publiques pourraient être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs en vertu de l'article 4 § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993 ou des articles 26 et 27 de cette même loi. Ces dispositions rendent en effet la loi applicable à des entités caractérisées par une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics; c'est précisément cette dépendance qui justifie que soit posée la question de l'assujettissement des filiales à cette législation.

Pour rappel, l'article 4 § 2, de la loi énumère les catégories de pouvoirs adjudicateurs, dont l'une - celle dite des "organismes de droit public" - est constituée des "personnes qui, à la date de la décision de lancer un marché:

- ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,
- et sont dotées d'une personnalité juridique, et
- dont
- \* soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au § 1er et au § 2, 1° à 8°;
- \* soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;
- \* soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes" (art. 4 § 2, 8°).

L'article 26 de cette même loi étend l'application des dispositions relatives aux marchés passés dans les secteurs spéciaux<sup>4</sup> aux "entreprises publiques", celles-ci étant définies par l'article 27 comme les entreprises sur lesquelles

<sup>4</sup> Eau, énergie, transports et télécommunications.

"les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 § 1er et § 2, 1° à 8° et 10°, peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise:

- détiennent la majorité du capital de l'entreprise, ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise".

Ces chefs d'assujettissement révèlent quelques différences: d'une part, l'entreprise publique "articles 26-27" ne sera soumise à la législation que pour les seuls marchés afférents à des activités relevant des secteurs spéciaux, alors que l'entreprise publique appartenant à la catégorie visée à l'article 4 § 2, 8° y sera soumise pour l'ensemble de ses commandes; d'autre part, l'entité visée à l'article 27 sera considérée comme entreprise publique à raison de sa seule dépendance à l'égard des pouvoirs publics, alors que, pour relever de la catégorie des "organismes de droit public" visée à l'article 4 § 2, 8°, elle devra se conformer non seulement à ce critère organique de dépendance, mais également à un critère fonctionnel, à savoir la vocation à satisfaire des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial. On devine aisément que ces différences pourront se révéler sources d'hésitations et d'insécurité juridique. En cela, la situation des filiales n'est pas fondamentalement différente de celle des entreprises publiques-mères<sup>5</sup>.

Un cas particulier mérite l'attention, celui d'une filiale dans laquelle une entreprise publique exerce à elle seule l'influence déterminante qui permet de déceler une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics<sup>6</sup>.

Dans cette hypothèse, la situation de l'entreprise publique-mère au regard de la législation sur les marchés publics pourrait influencer celle de la filiale. Et l'on en revient inévitablement aux difficultés que suscite la détermination du chef d'assujettissement d'une entreprise publique: article 4 § 2, 8° ou articles 26 et 27?

Si l'entreprise publique-mère est reconnue comme pouvoir adjudicateur au titre de l'article 4 § 2, 8°, l'influence dominante qu'elle exercera sur sa filiale pourrait provoquer l'assujettissement de celle-ci à la législation sur les marchés publics, à condition que cette filiale réponde aux autres caractéristiques<sup>7</sup> visées à l'article 4 § 2, 8°. La filiation n'est en effet pas suffisante: la qualité de pouvoir adjudicateur n'est pas héréditaire et ne saurait donc se déduire de la seule dépendance étroite de l'entité concernée à l'égard d'un ou de plusieurs autres pouvoirs adjudicateurs. Les critères permettant de définir l'organisme de droit public sont cumulatifs<sup>8</sup>.

Par contre, si l'entreprise publique tombe dans le champ d'application de la législation en vertu des articles 26 et 27 de la loi, ses filiales ne sauraient, nonobstant l'influence dominante qu'elle exerce éventuellement, être considérées comme pouvoir adjudicateur. En effet, les définitions de différentes catégories de pouvoirs adjudicateurs (particulièrement celles visées aux articles 4 § 2, 8°; 26 et 27) se réfèrent à l'influence qu'exercent, dans une entité déterminée, les pouvoirs

<sup>5</sup> Sur ce que la coexistence de plusieurs chefs d'assujettissement des entreprises publiques à la législation sur les marchés publics tient au caractère composite de la notion d'entreprise publique, telle qu'appréhendée dans la loi du 24 décembre 1993, cfr. D. De Roy, op. cit., pp. 20-26.

<sup>6</sup> Sont donc exclues de cette hypothèse les filiales dont le fonctionnement serait influencé de manière déterminante par plusieurs pouvoirs publics (non seulement une entreprise publique, mais également d'autres entités).

<sup>7</sup> Personnalité juridique et création en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général à caractère autre que commercial ou industriel.

<sup>8</sup> La Cour de justice l'a rappelé dans l'arrêt *Mannesmann* (C.J.C.E., 15 janvier 1998, Aff. C-44/96, *Rec.*, pp. 1-77 et suiv.).

adjudicateurs visés aux articles 4 § 1 et § 2, 1° à 8°. En revanche, l'influence que pourraient exercer dans leurs propres filiales les entreprises publiques visées aux articles 26 et 27 ne paraît pas susceptible de communiquer la qualité de pouvoir adjudicateur.

Il ressort d'une comparaison entre les deux chefs d'assujettissement qu'une filiale d'entreprise publique ne pourrait être qualifiée de pouvoir adjudicateur que si l'entreprise-mère l'est elle-même, et ce, en vertu du seul article 4 § 2, 8° de la loi du 24 décembre 1993.

Cette différence entre filiales d'entreprises publiques, selon qu'elles relèvent d'une des deux catégories visées aux articles 4 § 2, 8° ou 27, contraint à désigner la disposition en vertu de laquelle une entreprise publique-mère sera considérée comme pouvoir adjudicateur: selon qu'il s'agisse de l'article 4 § 2, 8° ou des articles 26-27, le sort de la filiale en sera nécessairement affecté: dans la première hypothèse, elle pourra être soumise à la législation relative aux marchés publics<sup>9</sup>; dans la seconde, elle ne le sera en principe jamais<sup>10</sup>.

L'incidence de cette approche différenciée n'est pas négligeable, particulièrement en Belgique, dans le cadre des entreprises publiques autonomes actives dans les secteurs spéciaux: tel est le cas de la S.N.C.B., de BELGACOM, de BIAC ou bien encore de BELGOCONTROL. Les sociétés dans lesquelles ces entreprises publiques détiennent des participations susceptibles de révéler une influence dominante pourraient évidemment se prévaloir de l'article 26 de la loi, en vertu duquel leurs entreprises-mères seraient considérées comme pouvoirs adjudicateurs, pour échapper au cadre normatif de la passation des marchés publics.

S'agissant plus précisément de ces entreprises publiques autonomes, nous avons toutefois démontré par ailleurs que leur assujettissement à la législation sur les marchés publics devait être considéré au regard de l'article 4 § 2, 8° de la loi, bien plus que des articles 26-27<sup>11</sup>. Fort de cette approche, il nous paraît donc que les filiales des entreprises concernées ne peuvent trouver en ces dispositions une échappatoire: l'influence dominante qu'elles subissent de leur entreprise-mère conditionnera pour partie leur assujettissement à la législation relative aux marchés publics.

Fidèle à cette conception que nous avons défendue précédemment, nous reconnaissons néanmoins que le débat reste ouvert. Les partisans des deux thèses contraires s'accorderont à tout le moins pour reconnaître que ce problème particulier des filiales illustre idéalement l'appréhension maladroite de la notion d'entreprise publique dans la législation sur les marchés publics<sup>12</sup>.

## 1.2. Spécificités de la vocation d'une filiale d'entreprise publique

La qualité de pouvoir adjudicateur reconnue aux entités visées à l'article 4 § 2, 8° de la loi tient donc à leur proximité à l'égard des pouvoirs publics traditionnels. Cette proximité est aussi bien organique (dépendance étroite) que fonctionnelle (vocation à la satisfaction de besoins d'intérêt général). S'agissant des filiales d'entreprises publiques, cette coloration publique va nécessairement s'estomper et il convient donc d'examiner si elle suffit encore à rencontrer les critères définis à l'article 4 § 2, 8°. A cet égard, si la radioscopie de l'entité à l'aide du critère organique

<sup>9</sup> Pour autant – rappelons-le – qu'elle satisfasse aux autres caractéristiques définies à l'article 4 § 2, 8°.

<sup>10</sup> Sauf dans l'hypothèse d'un actionnariat diversifié, où un ou plusieurs autres des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 § 1 et § 2, 1° à 8° exercent une influence dominante.

<sup>11</sup> D. De Roy, *op. cit.*, p. 24.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 22 (sur les effets d'une terminologie floue, dans le recours à la notion d'entreprise publique).

ne doit pas susciter de difficultés particulières<sup>13</sup>, l'utilisation du critère fonctionnel est sans doute plus délicate: comment déterminer en effet si cette entité a été créée "pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial"? C'est précisément cette vocation à la satisfaction de besoins d'intérêt général qui retiendra notre attention dans les lignes qui suivent.

La notion de besoin d'intérêt général ne se prête guère facilement au jeu des définitions. Le constat n'est sans doute pas original<sup>14</sup> et la jurisprudence récente de la Cour de justice tend à le renforcer<sup>15</sup>. La nuance qu'introduit en outre la référence à des besoins revêtant un "caractère autre qu'industriel ou commercial" ne facilite pas l'approche de cette problématique<sup>16</sup>. Nous n'avons pas la prétention de faire progresser la réflexion dans le cadre de cette modeste contribution; certaines observations propres aux filiales méritent toutefois d'être formulées.

### 1.2.1. Origine de la filiation

La lecture qu'on donnera de la nature des besoins auxquels la filiale est appelée à pourvoir ne doit-elle pas être influencée par l'origine de la filiation? Celle-ci peut, en effet, découler de circonstances de deux ordres: ou bien la filiale a été créée par l'entreprise publique, ou bien celle-ci prend part à l'actionnariat d'une société précédemment créée par une initiative privée. Dans le premier cas, la vocation de la filiale à la satisfaction de besoins d'intérêt général pourrait avoir été insufflée par ses géniteurs<sup>17</sup>; dans le second, on imaginera aisément que la vocation originelle de la filiale est commerciale. Il ne s'agit toutefois là que d'indices dont l'autorité se révèle très limitée. On sait, en effet, d'une part, que bon nombre de filiales créées à l'initiative d'entreprises publiques ont une vocation exclusivement commerciale qui les rend étrangères au critère fonctionnel de l'article 4 § 2, 8°. D'autre part, la circonstance qu'une société ait été créée dans un contexte exclusivement commercial ne fait pas obstacle à ce qu'une vocation spécifique à la satisfaction de besoins d'intérêt général lui soit ultérieurement reconnue.

Il nous paraît en effet que la situation de la filiale au regard de ce critère fonctionnel ne peut être appréciée uniquement à l'époque de sa création. Cette opinion repose sur deux arguments: *primo*, ce critère va être appliqué à des entités dont la création s'est située hors de toute référence aux besoins dits "d'intérêt général". Au risque de faire appel à un exemple fantaisiste, il est peu probable que les créateurs de l'Université de Cambridge aient eu conscience d'une telle vocation dans les années 1230; cette institution n'en est pas moins reconnue aujourd'hui comme vouée à la satisfaction de besoins d'intérêt général<sup>18</sup>. *Secundo*, ce concept de "besoin

<sup>13</sup> Les indices d'une dépendance étroite (financement public majoritaire, contrôle de gestion ou maîtrise des organes d'administration, de direction ou de surveillance) se constatent: ils ne donnent pas lieu à appréciation.

<sup>14</sup> Cfr. not. Chr. Leroy, "L'intérêt général comme régulateur des marchés", *R.T.D.E.*, 2001, pp. 49-61 (spéc. 50-53); concl. Av. gén. Ph. Léger précédant l'arrêt *Mannesmann* (*loc. cit.*, pp. 91-92). Les difficultés liées à la notion de service d'intérêt général ressortent de la récente communication de la Commission européenne, *Les services d'intérêt général en Europe* (J.O.C.E., 19 janvier 2001, C 17/04), et notamment de l'annexe II qui contient la définition de termes voisins (service d'intérêt général, public, universel, ...): ces définitions n'échappent pas au piège de la tautologie.

<sup>15</sup> Dans un récent arrêt *Agora*, rendu le 10 mai 2001 (aff. jointes C-223/99 et C-260/99), la Cour de justice va jusqu'à prendre en considération le mode de gestion de l'entité concernée et y voit un des critères pertinents, dans l'analyse du caractère des besoins que l'entité a pour vocation de satisfaire. Cfr. également les conclusions rendues dans cette affaire par Mr. l'Avocat général S. Alber (not. pts 49-73).

<sup>16</sup> Cfr. arrêt *Agora* cité à la note précédente (pts 32-42) et l'arrêt *BFI Holding* du 10 novembre 1998 (Aff. C-360/96, Rec., p. I-6821 et suiv. (spéc. pts 31-53)).

<sup>17</sup> D. D'Hooghe et F. Vandendriessche, *Publiek-Private Samenwerking*, Bruges, 2001, p. 182 (Administratieve Rechtsbibliotheek, Bijzondere Reeks).

<sup>18</sup> Dans un litige où la question de la qualification de pouvoir adjudicateur susceptible d'être reconnue à l'Université de Cambridge était posée, il n'a jamais été contesté que celle-ci répondait au critère de vocation à la satisfaction de besoins d'intérêt général (cfr. C.J.C.E., 3 octobre 2000, Aff. C-380/98, concl. Av. gén. S. Alber (p. 12)).

d'intérêt général" est mouvant: une situation qui en relève aujourd'hui peut en être exclue demain; inversement, certains besoins peuvent toucher à l'intérêt général alors qu'ils en étaient précédemment éloignés.

A notre estime, si les termes "créé pour satisfaire des besoins"<sup>19</sup> imposent d'avoir égard à l'objet de la filiale tel que défini dans l'acte créateur<sup>20</sup>, la qualification de ces besoins ne saurait, en revanche, être donnée une fois pour toutes. Par conséquent, il n'est pas exclu qu'une société soit considérée comme répondant au critère fonctionnel de l'article 4 § 2, 8° nonobstant sa vocation commerciale d'origine. *A fortiori*, la circonstance qu'elle ait été créée à l'initiative de personnes privées et que l'intervention d'une entreprise publique dans son capital ne soit qu'incidente, ne saurait être déterminante.

### 1.2.2. Identification de l'objet social de la filiale

L'appréciation de la nature des besoins que l'organisme vise à satisfaire sera encore moins aisée pour une filiale qu'elle ne l'est pour une entreprise publique créée par l'Etat, une Communauté ou une Région. Dans ce cas, en effet, la loi, le décret ou l'ordonnance organique<sup>21</sup> précise l'objet de l'entreprise et qualifie généralement les missions qui lui sont assignées, au regard d'un *distinguo* aujourd'hui bien connu entre missions de service public et activités commerciales; cette distinction - généralement commandée par le souci de soumettre ces deux catégories d'activités à des régimes juridiques différents - procure un élément utile à l'appréciation de l'objet statutaire au regard de la notion d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

Par contre, là où une filiale a été créée conformément aux modes communs du droit des sociétés et - en tout cas - sans l'intervention d'un législateur, il sera sans doute plus délicat encore de déterminer si les besoins à la satisfaction desquels elle est appelée à pourvoir répondent au profil tracé par l'article 4 § 2, 8°. En cas de contestation sur le régime des commandes d'une filiale, c'est donc au juge qu'incombera la tâche délicate de qualifier l'objet social de cette filiale, avec pour seule aide ce concept particulièrement flou d'intérêt général, qui conditionne l'application de la réglementation<sup>22</sup>.

### 2.3. Articulation des vocations respectives de la filiale et de l'entreprise-mère

On peut se demander si, dans certains cas, l'appréciation de la nature des besoins auxquels la filiale est appelée à pourvoir ne sera pas conditionnée par les missions d'intérêt général dévolues à l'entreprise-mère. Nous imagerons trois situations particulières.

- Association de la filiale aux tâches de service public de l'entreprise-mère (art. 13 de la loi du 21 mars 1991)

Aux conditions énumérées aux §§ 3 à 5 de l'article 13 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises économiques, une filiale d'entreprise publique autonome peut être associée à la mise en œuvre des tâches de service public de cette entreprise. Cette association équivaut-elle à la reconnaissance d'une vocation à la satisfaction de besoins d'intérêt général

dont question à l'article 4 § 2, 8° de la loi du 24 décembre 1993? La réponse à cette question implique avant tout que soit précisé ce que le législateur a voulu signifier par "association" de la filiale: ou bien celle-ci se voit confier tout ou partie d'une des missions de service public dévolues à l'entreprise-mère, ou bien elle assure sans plus des prestations analogues à celles qui seraient commandées à un cocontractant dans le cadre d'un marché public de services. Dans la première hypothèse, la reconnaissance de la vocation à la satisfaction de besoins d'intérêt général est envisageable, particulièrement s'il s'avère que la filiale a été créée spécifiquement pour assurer cette mission de service public; dans la seconde, elle est sans doute plus contestable, ainsi que nous le démontrerons dans la suite de l'exposé<sup>23</sup>.

Il est évidemment difficile, dans l'examen de cette hypothétique "association", de ne pas se livrer à des conjectures. On y est toutefois contraint, en notant, au vu des pratiques constatées actuellement dans les entreprises publiques autonomes, que cette technique d'association de filiales à la mise en œuvre des tâches de service public de l'entreprise-mère reste très théorique.

#### Filiale concessionnaire d'un service public

On peut imaginer qu'un service répondant à des besoins d'intérêt général fasse l'objet d'une concession, et que le concessionnaire soit une filiale de l'entreprise-mère qui concède<sup>24</sup>. Cette concession aura-t-elle une incidence sur l'analyse de la vocation de cette filiale? Si l'existence d'un contrat de concession peut représenter un indice utile à cette analyse, nous ne pensons toutefois pas qu'elle puisse dispenser d'une qualification de l'objet statutaire de la filiale, objet qui - pour apprécier l'applicabilité de l'article 4 § 2, 8° - restera la référence cardinale.

#### Filiale attributaire d'un marché public de services

Il arrive qu'une filiale n'ayant pas une vocation spécifique à la satisfaction de besoins d'intérêt général et n'y consacrant peut-être d'ailleurs aucune de ses activités, assure cependant des prestations au bénéfice de l'entreprise-mère, prestations permettant à celle-ci d'accomplir des tâches afférentes à une mission d'intérêt général. Un exemple illustrera cette hypothèse à première vue très théorique. La S.N.C.B. compte parmi ses filiales la S.A. Chantier de Créosotage de Bruxelles. L'activité de cette société consiste, comme sa dénomination le suggère, dans cette forme particulière de traitement des traverses de chemin de fer. Ce créosotage représente donc une activité qui va contribuer à l'entretien de l'infrastructure ferroviaire, dont la S.N.C.B. a la charge au titre de l'une de ses missions de service public. Cette société doit-elle, à raison de la finalité ultime du créosotage, être considérée comme ayant été créée "pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial"? La réponse à cette question nous paraît négative. Lorsque le législateur vise une entité créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général, il signifie que l'activité de cette entité consistera (en tout ou en partie) en prestations de service d'intérêt général. Quelles que soient les hésitations que suscite cette notion de "service d'intérêt général", on s'accordera, à tout le moins, à y reconnaître un service dont le bénéficiaire est la collectivité. Or, dans le cas que nous venons de citer, le destinataire de la prestation n'est pas la collectivité<sup>25</sup>, mais bien une entité "créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général..." et qui, pour la satisfaction de ses besoins propres, fait appel aux services d'un tiers<sup>26</sup>. De ce point de vue, la circonstance que

<sup>19</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>20</sup> Sans négliger, bien entendu, les éventuelles modifications ultérieures.

<sup>21</sup> Dont l'interprétation pourra éventuellement prendre appui sur les travaux préparatoires.

<sup>22</sup> Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Mannesmann* précité, Mr. l'Av. gén. Ph. Léger suggère l'importance du rôle qui sera joué par le juge dans la qualification d'une entité au regard des critères caractéristiques de l'organisme de droit public (pts. 73 et 97-100).

<sup>23</sup> Cf. ci-dessous, le cas où une filiale est attributaire d'un marché public de services.

<sup>24</sup> Nous faisons ici abstraction des exigences de mise en concurrence préalable auxquelles devrait éventuellement satisfaire la concession de service public (cf. à ce propos la "Communication interprétative de la Commission des Communautés européennes sur les concessions en droit communautaire", 26 avril 2000, publiée notamment dans *A.P.T.*, 2000, pp. 69-80).

<sup>25</sup> Même si celle-ci pourra en percevoir les effets.

<sup>26</sup> Pour autant que la filiale soit considérée comme un tiers. On reviendra sur cette question dans l'analyse de la jurisprudence *Teckal* de la Cour de justice.

ces besoins soient inhérents à la prestation de services d'intérêt général que l'entité doit assurer au titre de sa vocation, ne saurait avoir pour effet de conférer ce caractère d'intérêt général à l'intervention du cocontractant (la filiale, en l'occurrence). Si une thèse contraire devait être soutenue, il faudrait en déduire que toute entreprise dont l'activité consiste essentiellement en prestations au bénéfice d'entités investies de missions d'intérêt général serait à son tour considérée comme créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général. Il est douteux que les autorités européennes se soient laissées guider par une perspective aussi large dans la détermination du champ d'application *ratione personae* des directives "Marchés publics".

#### 1.2.4. Conclusion: utilité d'une référence à la vocation de l'entreprise-mère?

Les développements qui précèdent suscitent davantage de questions qu'ils ne contribuent à diffuser un enseignement d'autorité<sup>27</sup>. Quelles que soient les hésitations qui subsistent, une chose paraît certaine: même si la filiale n'est pas constituée spécifiquement et explicitement pour prendre part aux tâches d'intérêt général dévolues à l'entreprise-mère<sup>28</sup>, il n'est pas pour autant exclu qu'elle ait été créée pour satisfaire des "besoins d'intérêt général...". Une identification et une qualification de l'objet statutaire restent indispensables; en d'autres termes, la vocation de la filiale ne saurait être exclusivement conditionnée par celle de l'entreprise-mère.

### 1.3. Quelques cas particuliers d'assujettissement à la législation sur les marchés publics

Une filiale d'entreprise publique, qui ne saurait être qualifiée de pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 4 § 2, 8° de la loi du 24 décembre 1993, peut néanmoins être assujettie à la législation relative aux marchés publics, et ce, par application d'autres dispositions. Trois hypothèses doivent être citées à ce propos.

#### 1.3.1. Commande de travaux ou services bénéficiant d'importantes subventions publiques

L'article 4 § 4, de la loi du 24 décembre 1993 dispose que "le Roi peut rendre les dispositions de la présente loi ou certaines d'entre elles applicables aux marchés de travaux, de fournitures et de services subventionnés par les personnes morales visées au § 1er et au § 2<sup>29</sup> et passés par des personnes de droit privé".

Le Roi a fait usage de cette habilitation, aux articles 1er § 2 et 53 § 2 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996<sup>30</sup>. Il y est précisé que:

*"sont soumis à la loi et aux règles de la présente section les marchés de travaux des personnes de droit privé dont le montant estimé est égal ou supérieur au montant prévu au § 3 et qui sont subventionnés directement à plus de cinquante p.c. par des pouvoirs adjudicateurs visés au § 1er. Ces travaux doivent toutefois concerner des activités figurant dans la classe 50, groupe 502 de la nomenclature visée à l'annexe 1 de la loi, ou porter sur des travaux de bâtiments relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs, de loisirs, aux bâtiments scolaires, universitaires ou à usage administratif"* (art. 1er § 2)

<sup>27</sup> Mais n'est-ce pas la principale caractéristique de la problématique abordée dans cet article?

<sup>28</sup> Seule hypothèse où le critère fonctionnel visé à l'article 4 § 2, 8° serait incontestablement rencontré.

<sup>29</sup> C'est-à-dire les personnes auxquelles la qualité de pouvoir adjudicateur est reconnue.

<sup>30</sup> A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics (M.B. 26 janvier 1996; modifié par l'A.R. du 25 mars 1999, M.B. 9 avril 1999).

et que

*"sont soumis à la loi et aux règles de la présente section, les marchés de services des personnes de droit privé dont le montant estimé hors taxe sur la valeur ajoutée, est égal ou supérieur à 7,9 millions de francs et qui sont subventionnés directement à plus de 50 p.c. par des pouvoirs adjudicateurs visés au § 1er. Ces services doivent toutefois concerner des marchés de travaux subventionnés au sens de l'article 1er § 2, du présent arrêté"* (art. 53 § 2).

Ainsi, une filiale d'entreprise publique non considérée comme pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 4 § 2, 8° devrait néanmoins se conformer à la loi du 24 décembre 1993 et à ses arrêtés d'exécution pour certains marchés de travaux et de services connexes dont le montant estimé dépasserait les seuils de mise en concurrence européenne et pour lesquels elle bénéficierait de subventions jusqu'à concurrence de plus de cinquante pour cent de ce montant. On soulignera que ce régime ne concerne que les secteurs classiques.

#### 1.3.2. Commande de travaux par une filiale concessionnaire de travaux publics

Lorsqu'une filiale à laquelle la qualité de pouvoir adjudicateur n'est pas reconnue se voit octroyer une concession de travaux publics, les travaux qu'elle s'est engagée à exécuter dans le cadre de cette concession ne pourront être confiés à une personne tierce que moyennant le respect des règles de publicité déterminées par le Roi à cette fin<sup>31</sup>. Le Roi a défini ces règles aux articles 133 à 135 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996. L'assujettissement de la filiale à la réglementation des marchés publics est donc très partiel: il s'agit uniquement d'assurer une mise en concurrence élémentaire des tiers susceptibles de réaliser les travaux. Cette obligation de mise en concurrence préalable ne porte que sur les travaux que le concessionnaire envisage de faire réaliser, et non sur les fournitures et services qu'il commandera éventuellement dans le cadre de cette concession<sup>32</sup>. On rappellera enfin que les concessions de travaux publics sont uniquement visées par les dispositions régissant les marchés passés dans les secteurs classiques.

#### 3.3. Commande de travaux, fournitures ou services par une filiale bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, dans l'exercice d'activités relevant des secteurs spéciaux (Livre II de la loi du 24 décembre 1993)

La filiale qui n'est pas un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 4 § 2, 8° pourrait néanmoins être considérée comme une "entité adjudicatrice" au sens de l'article 47 § 1er de la loi et être soumise au Livre II de celle-ci, ainsi qu'à l'arrêté royal du 18 juin 1996<sup>33</sup>, pour ses marchés ayant trait à des activités qui relèvent d'un des secteurs spéciaux.

Pour rappel, est considérée comme "entité adjudicatrice" toute personne de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. L'article 48 de la loi précise la notion de "droits spéciaux ou exclusifs": il s'agit des

*"droits résultant d'une autorisation de l'autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou à plusieurs entités l'exercice d'une activité visée au présent titre."*

<sup>31</sup> Art. 25 § 2 de la loi du 24 décembre 1993.

<sup>32</sup> Les articles 133 à 135 précités font uniquement référence aux marchés de travaux, alors que l'article 132 précisant les obligations en cette matière d'un concessionnaire ayant la qualité de pouvoir adjudicateur vise indistinctement tous les marchés publics qu'il pourrait passer avec des tiers.

<sup>33</sup> A.R. du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (M.B., 25 juin 1996; modifié par l'A.R. du 17 mars 1999, M.B., 26 mars 1999).

Une entité adjudicatrice est considérée comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, notamment:

- lorsque, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations visées au présent titre, cette entité peut jouir d'une procédure d'expropriation publique ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique pour mettre en place les équipements de réseaux;
- lorsque, dans le cas de l'article 49, 1° et 2° cette entité alimente en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur un réseau qui est lui-même exploité par une autre entité adjudicatrice bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs<sup>34</sup>.

Sans prétendre analyser ici l'articulation entre les notions de "droits spéciaux ou exclusifs" et "service d'intérêt général" dont la signification en droit communautaire révèle une complexité qui ne peut se satisfaire d'une approche aussi superficielle, on imagine aisément que le bénéficiaire de droits spéciaux ou exclusifs sera reconnu uniquement à des entités prestant des services qui répondent à des besoins d'intérêt général. Si une filiale d'entreprise publique a précisément cette vocation, elle devra être considérée comme pouvoir adjudicateur, puisqu'elle répondra aux critères de définition de l'"organisme de droit public" définis à l'article 4 § 2, 8° de la loi. Il n'en ira autrement que si les besoins d'intérêt général à la satisfaction desquels elle est appelée à pourvoir revêtent un caractère industriel ou commercial. Seule cette situation particulière peut - à notre estime justifier l'application du Livre II aux marchés passés par une filiale d'entreprise publique.

## 2. Affaires en famille...

Une entreprise publique confrontée à certains besoins à la satisfaction desquels ses propres services ne sont pas en mesure de pourvoir peut-elle s'adresser à l'une de ses filiales? Dans l'affirmative, les relations d'affaires ainsi établies entre mère et fille se verront-elles appliquer la réglementation relative aux marchés publics?

Pour répondre à ces questions, nous procéderons en plusieurs étapes. Dans un premier temps, nous évoquerons l'accès d'un pouvoir adjudicateur aux commandes passées par un autre pouvoir adjudicateur, et son admissibilité de principe. Il s'agira ensuite d'examiner si la législation relative aux marchés publics est applicable aux relations contractuelles ainsi établies entre deux pouvoirs adjudicateurs. Nous nous intéresserons enfin à la situation particulière des marchés attribués par des entreprises publiques à leurs filiales.

### 2.1. Accès d'un pouvoir adjudicateur aux commandes passées par un autre pouvoir adjudicateur

Il est généralement admis qu'une personne publique dont l'activité consiste en la prestation de services peut, à l'instar de toute entreprise privée, se voir attribuer certaines commandes par une autre personne publique. Ce principe ne paraît souffrir aucune exception<sup>35</sup>.

Bien que la reconnaissance de ce principe ne soit pas explicitement consacrée dans la réglementation, elle peut être déduite non seulement de ce que ni les directives "Marchés publics", ni la législation belge ne contiennent de dispositions qui auraient pour objet ou pour effet d'y faire obstacle, mais encore de ce que certaines dispositions régissent des cas particuliers dans lesquels la commande est passée auprès d'un pouvoir adjudicateur<sup>35</sup>. Par ailleurs, cette pétition

<sup>34</sup> Les seules exceptions qui pourraient être invoquées tiennent sans doute moins à la qualité de pouvoir adjudicateur qu'aux situations particulières d'incompatibilité visées aux articles 78 de l'A.R. du 8 janvier 1996 précité ou 65 de l'A.R. du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (M.B., 26 janvier 1996; modifié par l'A.R. du 25 mars 1999, M.B., 28 avril 1999).

<sup>35</sup> Citons, à titre d'exemple, les articles 3 § 2 et 41ter de la loi, dont question ci-après.

de principe admise en Belgique<sup>36</sup> a été réaffirmée il y a peu par le Conseil d'Etat de France<sup>37</sup>, ainsi que, dans une certaine mesure, par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>38</sup>. L'ouverture aux pouvoirs adjudicateurs de l'accès aux commandes publiques ne saurait, du reste, être sérieusement mise en doute dès lors qu'est acquise, dans certains secteurs, l'idée d'une concurrence entre opérateurs privés et publics, laquelle concurrence implique une égalité de droit<sup>39</sup>: serait-il concevable de priver ceux-ci de la position monopolistique qui a longtemps caractérisé leurs activités, tout en leur déniaient la possibilité d'accéder aux commandes publiques, étant entendu que le cadre normatif de la passation de celles-ci est tout empreint du souci de respecter le libre jeu de la concurrence?

## 2.2. Applicabilité de la législation relative aux marchés publics

Une chose est de savoir si un pouvoir adjudicateur peut se voir attribuer une commande de la part d'un autre pouvoir adjudicateur. Une autre chose est de s'interroger sur l'applicabilité de la réglementation relative aux marchés publics à de telles relations entre pouvoirs publics. Les relations contractuelles ainsi nouées entre personnes publiques n'échappent-elles pas au champ d'application de la réglementation des marchés publics<sup>40</sup>? A cette question, la Cour de justice a apporté une réponse de principe dans l'arrêt Teckal rendu le 18 novembre 1999<sup>41</sup>.

### 2.2.1. Principe

La commune italienne de Viano décide de confier, pour une période d'un an susceptible d'être prolongée, la gestion des services de chauffage de certains bâtiments communaux à l'AGAC, groupement constitué par plusieurs communes - dont celle de Viano - pour la gestion de services de l'environnement et de l'énergie. Cette gestion des services de chauffage comporte la fourniture de carburant et des prestations de service d'entretien des installations.

Teckal, une entreprise privée active dans le domaine des services de chauffage, dirige un recours contre cette décision, faisant précisément grief à la Commune de Viano de n'avoir pas recouru aux procédures de passation de marchés publics régies par le droit communautaire.

La juridiction italienne appelée à connaître de ce litige s'interroge sur l'applicabilité des directives européennes "Marchés publics", et notamment des directives 92/50 et 93/36<sup>42</sup>. La question était d'autant plus délicate qu'il y avait lieu de se demander si cette opération n'échappait pas au champ d'application de la directive 92/50, en vertu de l'article 6 de celle-ci<sup>43</sup>. Eu égard aux difficultés d'interprétation du droit communautaire auxquelles était confrontée cette juridiction, celle-ci va demander à la Cour de justice "si les dispositions du droit communautaire

<sup>36</sup> C.E. IV, réf. 4 juin 1997, n° 66.538 (A.M. Kumpen-Betonac / Région flamande et OVAM), E.D., 1999, pp. 94-97. Ce principe paraissait déjà consacré dans un arrêt n° 9.817 rendu par le Conseil d'Etat le 18 janvier 1963 (P. Thiel, "L'application des marchés publics aux relations entre deux pouvoirs publics. Commentaire de la Cour de justice des Communautés européennes du 18 novembre 1999", *Nouv. Com.*, 2000, p. 194).

<sup>37</sup> C.E.fr., 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, A.J.D.A., 2001, pp. 662-667, note A. Treppoz; C.E. Fr., 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, A.J.D.A., 2000, pp. 1066-1067 (avec chron. M. Guyomar et P. Collin).

<sup>38</sup> C.J.C.E., 7 décembre 2000, Aff. C-94/99, Arge (Y. Claisse, "L'attribution d'un marché public à un organisme subventionné: jamais interdite mais pas toujours possible", *Petites Affiches*, 20 mars 2001, pp. 14-20).

<sup>39</sup> M. Lombard, "A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés", *D.*, 1994, pp. 163-169.

<sup>40</sup> M.-A. Flamme et coll., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6e éd., Bruxelles, 1996-1997, pp. 78-80.

<sup>41</sup> C.J.C.E., 18 novembre 1999, Aff. C-107/98, Teckal, *Rec.*, 1999, p. I-8.121.

<sup>42</sup> Eu égard au caractère mixte (fournitures/services) de l'opération en cause.

<sup>43</sup> Selon les termes de cette disposition, la directive "ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er point b) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité".



en matière de passation des marchés publics sont applicables lorsqu'une collectivité territoriale confie la fourniture de produits et la prestation de services à un groupement auquel elle participe"<sup>44</sup>.

Dans son arrêt rendu le 18 novembre 1999, la Cour considère que "la directive 93/36/CEE du Conseil (du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures), est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non".

Sur les qualités respectives des parties en présence, la Cour de justice a donc fait prévaloir la notion de marché de fournitures dont la directive donne une définition en son article 1 (a): dès lors qu'un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un fournisseur a pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits, cette opération sera qualifiée de marché public de fournitures, et la directive 93/36 sera d'application.

La réponse ainsi apportée par la Cour à la question préjudicielle qui lui était posée est très claire. Le juge communautaire l'assortit toutefois de certaines limites. Dès lors que ces limites touchent particulièrement aux relations entre les entreprises publiques et leurs filiales, nous les examinerons ultérieurement.

### 2.2.2. Exceptions

Dans deux cas, les relations établies entre pouvoirs adjudicateurs à la faveur de prestations de services échappent à la législation relative aux marchés publics.

Marché de services attribués à un pouvoir adjudicateur bénéficiant de droits exclusifs

L'article 3 § 2 de la loi du 24 décembre 1993 dispose que

"Ne sont pas soumis à l'application des dispositions de la présente loi les services au sens de l'article 5, attribués à un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4 § 1er et § 2, 1° à 8° et 10°, sur la base d'un droit exclusif dont il bénéficie en vertu de dispositions législatives ou réglementaires publiées et conformes au traité instituant la Communauté économique européenne".

Cette exception tient sans doute moins à la qualité de pouvoir adjudicateur du prestataire de services qu'à la situation de monopole qu'il occupe et qui justifie qu'une mise en concurrence ne puisse être organisée conformément aux normes régissant les procédures de passation de marchés publics de services<sup>45</sup>.

- Marché de services attribué à un pouvoir adjudicateur ou une entreprise liée dans le cadre des secteurs spéciaux

L'article 41ter § 1er de la loi du 24 décembre 1993<sup>46</sup> dispose que

<sup>44</sup> Dans un souci de relation fidèle des faits et de la procédure qui ont donné lieu à l'arrêt *Teckal*, il convient de signaler que c'est la Cour de justice qui a formulé la question en ces termes, après avoir considéré que les questions qui lui avaient été adressées étaient formulées de manière imprécise (arrêt, pts 34-35).

<sup>45</sup> M.-A. Flamme et coll., *op. cit.*, p. 121.

<sup>46</sup> Sur la source d'inspiration communautaire de cette disposition, *cf. ibid.*, pp. 452-454.

"Les dispositions de la loi ne s'appliquent pas aux marchés publics de services visés au présent chapitre:

1° qu'un pouvoir adjudicateur passe auprès d'une entreprise liée;

2° qu'une co-entreprise constituée, aux fins de la poursuite des activités visées au présent titre IV, de plusieurs pouvoirs adjudicateurs au sens du livre premier et d'entités adjudicatrices au sens du livre II passe auprès d'un de ces pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ou d'une entreprise liée à un de ceux-ci. Cette exception ne vaut qu'à la condition que quatre-vingts p.c. au moins du chiffre d'affaires, moyen réalisé en matière de services par cette entreprise dans la Communauté européenne au cours des trois dernières années proviennent de la prestation de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée.

Lorsque le même service ou des services similaires sont prestés par plus d'une entreprise liée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, il faut tenir compte du chiffre d'affaires total dans la Communauté européenne résultant de la prestation de services par ces entreprises.

Par entreprise liée, on entend toute entreprise dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice conformément aux exigences de la septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983, fondée sur l'article 54, 3, g, du Traité, concernant les comptes consolidés. Dans le cas de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices non soumis à la directive 83/349/CEE, on entend par entreprise liée toute entreprise:

1° sur laquelle le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut exercer, directement ou indirectement une influence dominante par cela qu'il

a) détient la majorité du capital de l'entreprise, ou

b) dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou

c) peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise;

2° ou qui peut exercer une même influence dominante qu'au 1° sur le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice;

3° ou qui, comme le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, est soumise à une même influence dominante qu'au 1° d'une autre entreprise du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent."

Cette exception a été introduite dans la loi par un arrêté royal du 10 janvier 1996<sup>47</sup> et est justifiée dans le *Rapport au Roi* comme suit:

"L'intention à la base de ce texte a été de tenir compte des conséquences déséquilibrées pouvant exister, selon les Etats membres et les secteurs concernés, de l'approche juridique suivie dans la directive pour définir les marchés publics. Les marchés étant des contrats conclus entre deux personnes juridiques, il en résulte par exemple que des pouvoirs adjudicateurs intégrés et capables d'exécuter avec leurs propres moyens une large gamme de prestations recourent en principe moins fréquemment à des prestations extérieures sur la base de marchés que des pouvoirs ou entités autrement structurés mais cependant économiquement groupés. C'est pourquoi, le texte ne soumet pas à l'application de la mise en concurrence résultant de la directive et de la loi, les prestations contractuelles de services remplissant les conditions strictes de l'article 41ter".

Ainsi qu'on pourra le constater, ces considérations ne sont pas totalement étrangères à l'argumentation que développera la Cour de justice dans l'arrêt *Teckal* à propos des relations entre deux pouvoirs adjudicateurs qui ne peuvent être considérés comme véritablement distincts<sup>48</sup>.

Une remarque importante doit être formulée quant à la portée de cette exception: l'article 41ter de la loi n'est applicable qu'aux seuls marchés soumis à la publicité européenne. Pour les commandes dont le montant estimé est inférieur aux seuils définis à cette fin, cette exception ne pourra être invoquée: la législation sera pleinement applicable. De ce point de vue, la loi du 24 décembre 1993 ménage donc un régime à deux vitesses<sup>49</sup>, à moins que pour les marchés d'un

<sup>47</sup> A.R. du 10 janvier 1996 modifiant le titre IV du livre premier de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (M.B., 26 janvier 1996, p. 1636).

<sup>48</sup> *Cfr. ci-après.*

<sup>49</sup> *Cfr. le Rapport au Roi* précédant l'A.R. du 10 janvier 1996 modifiant le titre IV du livre premier de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (M.B., 26 janvier 1996).



montant inférieur aux seuils de mise en concurrence européenne il puisse être fait appel à la notion de marché telle qu'interprétée dans l'arrêt *Teckal*<sup>50</sup>.

On devine que cette disposition revêt un intérêt particulier pour les relations entre une entreprise publique et sa filiale à laquelle la notion d'"entreprise liée" peut être appliquée.

### 2.3. Accès d'une filiale aux commandes passées par l'entreprise publique-mère

De manière générale, les considérations qui ont été émises ci-dessus à propos des relations entre deux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre d'un marché gardent leur pertinence dans le cas des entreprises publiques et de leurs filiales. En principe, celles-ci peuvent accéder aux commandes de celles-là et la législation relative aux marchés publics sera applicable, sans préjudice de certaines exceptions. Les exceptions établies par ou en vertu de la loi ont déjà été évoquées. Il convient à présent de s'attarder sur une autre exception déduite de la jurisprudence *Teckal* de la Cour de justice (2.3.1.). Nous nous interrogerons ensuite brièvement sur l'aptitude de la législation relative aux marchés publics à assurer, dans le cadre des marchés d'entreprises publiques, une égalité effective entre une filiale et tout autre concurrent privé (2.3.2.).

#### 2.3.1 L'arrêt *Teckal* et les filiales d'entreprises publiques

Dans l'arrêt *Teckal*, la Cour énonce donc une solution de principe: la réglementation relative aux marchés publics est applicable au marché attribué par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur. Le juge communautaire va assortir cette solution de deux considérations qui en limitent la portée.

D'une part, la Cour de justice va rappeler implicitement qu'un contrat ne peut se concevoir que passé entre deux personnes (ou entités) distinctes; elle va préciser à cet égard que le fournisseur doit être "une entité distincte [du pouvoir adjudicateur] au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel". D'autre part, la Cour note que la directive ne serait pas applicable dans l'hypothèse où, "à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent"<sup>51</sup>.

Ces deux précisions vont nécessairement conditionner la réponse aux questions posées dans cette étude.

Par hypothèse, la relation entre une entreprise-mère et sa filiale est caractérisée par la dépendance de celle-ci à l'égard de celle-là, dépendance à laquelle correspond, en sens inverse, un pouvoir de contrôle. C'est précisément ce pouvoir de contrôle qui, apprécié à la lumière de l'arrêt *Teckal*, fera échapper à la législation sur les marchés publics la commande passée par une entreprise publique auprès de sa filiale.

Outre l'autorité jurisprudentielle dont elle peut se prévaloir, cette thèse s'autorise sans doute d'un certain réalisme. Comment, en effet, pourrait-on raisonnablement soutenir qu'il y a un contrat entre deux entités distinctes, là où une comparaison des organes respectifs des deux personnes morales et un examen de leurs rapports démentiraient leur différenciation?

Pour pertinente qu'elle puisse paraître, cette justification n'occulte pas certaines questions lancinantes. Les entreprises publiques soumises à la réglementation sur les marchés publics ne trouveront-elles pas dans cette jurisprudence une échappatoire? Est-il en effet inconcevable qu'une entreprise publique fasse appel à une filiale qui, dans l'hypothèse où elle n'est pas considérée comme pouvoir adjudicateur, pourra passer des commandes en dehors de toute procédure régie par la législation relative aux marchés publics, commandes dont l'objectif ultime servirait en réalité l'entreprise-mère? Ces questions dissimulent sans doute à peine un procès d'intention; nous ne pouvons y limiter notre analyse. Il s'impose, à tout le moins, de noter que, dans l'arrêt *Teckal*, la Cour de justice prolonge une voie d'évasion ouverte quelques mois plus tôt à l'occasion de l'affaire *Mannesmann*.

Dans l'arrêt *Mannesmann*, la Cour décide, d'une part, qu'une entité considérée comme organisme de droit public et, partant, comme pouvoir adjudicateur, est soumise aux directives "Marchés publics" pour l'ensemble de ses marchés, et ce, quelle que soit la nature des activités pour l'exercice desquelles le marché est passé; en d'autres termes, la circonstance qu'une entreprise publique exerce simultanément des activités commerciales et des missions d'intérêt général n'affecte nullement sa qualité de pouvoir adjudicateur: pas d'application sélective de la réglementation! La Cour note, d'autre part, qu'une entité exerçant des activités commerciales et au sein de laquelle un pouvoir adjudicateur exerce une influence dominante ne doit pas être considérée comme un pouvoir adjudicateur, dès lors qu'elle n'a pas été créée spécifiquement en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial; cette solution découle du prescrit des directives, selon lequel la qualité d'organisme de droit public s'apprécie au regard de trois critères cumulatifs<sup>52</sup>.

Les implications de cet enseignement se devinent aisément et révèlent un risque évident: dans l'exercice de certaines de ses activités, une entreprise publique pourrait recourir à une politique de filialisation qui lui permettrait de faire échapper à la réglementation "Marchés publics" les commandes afférentes à ces activités.

L'arrêt *Teckal* va accentuer ce risque en faisant échapper à toute obligation de mise en concurrence préalable la conclusion de contrats entre une entreprise publique-mère et sa filiale.

On devine qu'une commande qui doit être passée au terme d'une procédure d'attribution de marché y échappera lorsque l'entreprise publique en fera transiter l'initiative par une filiale qui, elle, ne serait pas considérée comme pouvoir adjudicateur<sup>53</sup>.

Là où l'arrêt *Mannesmann* exprimait le refus d'une application sélective de la réglementation "Marchés publics" aux organismes de droit public, l'arrêt *Teckal* avalise le recours à des pratiques qui conduiront inévitablement à soustraire certaines commandes passées par les entreprises à cette même réglementation: ouvertement exclue en janvier 1998, l'idée d'une application sélective de la réglementation en fonction de la nature des activités d'un organisme, est discrètement admise dix mois plus tard par le biais d'un artifice que peut offrir la technique de filialisation. Si, quant à leurs fondements, les décisions *Mannesmann* et *Teckal* peuvent, chacune, se réclamer de motivations pertinentes, dans leurs effets, elles révèlent une véritable contradiction.

<sup>52</sup> Personnalité juridique, dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics et vocation spécifique à la satisfaction de besoins d'intérêt général avant un caractère autre que commercial industriel.

<sup>53</sup> On pourrait objecter qu'une commande passée par une filiale "pour compte de" sa société-mère devrait être considérée comme passée par celle-ci et, donc, soumise à la législation sur les marchés publics. Si cet argument peut, dans une certaine mesure, être accepté pour les commandes de travaux ou fournitures, et ce, à raison de la définition large que donne le législateur de ces marchés (art. 5 de la loi, il n'en ira probablement pas de même pour les services. De plus, pareille technique de coloration d'une commande en marché public, à raison du bénéficiaire "économique" de la prestation, et non par référence à celui qui la passe, ne paraît pas instituée par la législation.

<sup>50</sup> Cfr. ci-après.

<sup>51</sup> Arrêt, pt. 50.

Cette jurisprudence multiplie les possibilités d'échapper, grâce à des filiales, à la législation "Marchés publics", possibilités que la loi elle-même contenait déjà très discrètement en certaines de ses dispositions<sup>54</sup>.

### 2.3.2. Une égalité à double tranchant

Si l'accès des filiales aux commandes de leurs sociétés-mères doit être garanti en vertu du principe d'égalité entre opérateurs publics et privés, ce même principe fait obstacle à ce que ces filiales bénéficient, dans le cadre de la procédure de passation du marché, d'une position et d'un traitement plus favorables leur permettant d'obtenir plus facilement la commande, au détriment d'un jeu efficace de la concurrence avec d'autres entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services. De ce point de vue, les facteurs d'un déséquilibre de la concurrence peuvent être de deux ordres: ils peuvent tenir à la situation intrinsèque de la filiale (1) ou au déroulement de la procédure d'attribution du marché (2).

(1) Les affaires qui ont donné lieu au récent arrêt *Arge* de la Cour de justice et à l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* du Conseil d'Etat de France ont rappelé combien la structure financière de certaines entités et les obligations sociales et fiscales qui leur incombent peuvent faire naître la crainte de distorsions de concurrence entre opérateurs publics et privés dans la passation des marchés<sup>55</sup>. Emoi légitime ou réflexe maladif? Ce n'est pas ici le lieu d'ouvrir un débat dont l'enjeu paraît d'ailleurs relativisé par ces deux décisions. A raison, nous semble-t-il, car les armes de la concurrence ne sont jamais tout à fait identiques, et ce, quelle que soit la coloration publique ou privée de ceux qu'elles opposent. Dans ses effets, le risque de déséquilibre entre opérateurs publics et privés n'est pas nécessairement différent de celui qui peut caractériser les rapports de force entre une multinationale et une P.M.E. concourant toutes deux pour l'attribution d'un marché. Tout au plus, sera-t-il plus rapidement soupçonné dans le premier cas que dans le second. Affaire à suivre...

(2) Les concurrents d'une filiale peuvent-ils être assurés de ce que les conditions dans lesquelles la procédure d'attribution se déroule ne leur porteront pas préjudice<sup>56</sup>? N'y a-t-il pas un risque de voir des critères de sélection et d'attribution taillés sur mesure, d'enregistrer une attitude condescendante à l'endroit d'irrégularités qui affecteraient la candidature ou l'offre de la filiale, ou bien encore de constater une appréciation partielle de la valeur des offres? Le risque de telles dérives est évident, mais celles-ci ont déjà pu être dénoncées dans des marchés où ne concouraient que des entreprises privées, et cela, sans que ces comportements doivent nécessairement être rapprochés de manœuvres ou d'intentions douteuses: qu'on l'approuve ou qu'on la fustige, la pratique révèle combien une excellente collaboration avec un entrepreneur dans le cadre de marchés antérieurs peut inciter les représentants d'un pouvoir adjudicateur, animés du souci de garantir le résultat, à renouveler l'expérience. Lorsqu'une filiale concourt à l'attribution d'un marché, ce risque sera d'autant plus grand que la proximité de droit entre société-mère/pouvoir adjudicateur et filiale/candidat dissimule à peine une proximité de fait entre les collaborateurs des deux entités. Encore une affaire à suivre...

<sup>54</sup> Les articles 25, § 2 et 41ter, § 1er de la loi du 24 décembre 1993 contenaient déjà en germe la possibilité de faire passer - certes dans des cas très spécifiques - des marchés de travaux ou de services, par l'intermédiaire de filiales (en leur qualité de concessionnaire de travaux ou d'entreprise liée) qui, elles, n'étaient pas nécessairement tenues d'appliquer intégralement la législation relative aux marchés publics.

<sup>55</sup> Cfr. également M. Lombard, *op.cit.*, n° 24, pp. 167-168.

<sup>56</sup> Pour illustrer cette question, on aura égard à l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du Conseil d'Etat (IV, réf.), rendu le 4 juin 1997 (n° 66.538, A.M. Kumpen-Betonac c/Région flamande et OVAM).

## 3. Quelques "corrélats"

La nature et la vocation particulières d'une filiale d'entreprise publique lui permettent de jouer, selon les circonstances, chacun des rôles respectivement dévolus aux parties au contrat scellé à l'occasion d'un marché public: tantôt pouvoir adjudicateur-maître d'ouvrage, tantôt entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services. Cette position devait inévitablement dédoubler l'approche de la problématique de ces filiales considérées au regard de la législation sur les marchés publics: de ce point de vue, le canevas de notre étude était tout tracé. Pour indispensable qu'il soit, l'examen de ces deux facettes sous lesquelles apparaît la filiale d'entreprise publique ne saurait suffire à épuiser toutes les questions qu'inspire ce thème.

Trois d'entre elles nous paraissent devoir être soulevées. Sans y consacrer de développements substantiels dans le cadre de cette contribution, nous tenterons à tout le moins d'attirer l'attention sur ce que l'intervention des filiales d'entreprises publiques ne peut être véritablement appréhendée sans avoir égard à ces "corrélats".

### 3.1. Filialisation du secteur public

Au-delà des relations entre une entreprise publique et ses filiales, c'est à un phénomène de plus grande envergure qu'il convient d'avoir égard: qu'on parle de dispersion, de décloisonnement<sup>57</sup> ou de démembrement<sup>58</sup>, les qualificatifs sont légion pour décrire cette tendance à émanciper des sphères administratives traditionnelles des pans entiers de l'action des pouvoirs publics. Volonté affirmée d'interventions plus souples et efficaces<sup>59</sup>, espoir caché d'un affranchissement des contraintes de droit public<sup>60</sup>, réponse à l'approche communautaire du couple infernal "service public/concurrence", ...? Les facteurs ne manquent sans doute pas pour expliquer ce mouvement dont rend compte le concept de *verzelfstanding*<sup>61</sup>.

Les manifestations concrètes de ce mouvement ne manquent pas non plus et révèlent très fréquemment une forme de filiation entre les pouvoirs publics et ces entités qui les relaient: les intercommunales (pures ou mixtes) et leurs filiales, les A.S.B.L. para-communautaires, régionales, provinciales ou communales, les structures de gestion d'établissements hospitaliers, ... Le système administratif belge n'est du reste pas le seul à en faire l'expérience: on songera aux innombrables "sociétés d'économie mixte" qui occupent le paysage des collectivités locales françaises<sup>62</sup>, aux "entreprises spéciales", "institutions sans intérêt commercial" et "sociétés par actions à capitaux publics locaux majoritaires" italiennes<sup>63</sup>, ainsi qu'à bien d'autres entreprises publiques, particulièrement actives à l'échelon local, et ce, dans chacun des Etats membres de l'Union européenne<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> D. De Roy, "Être ou ne pas être ... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales?", à paraître dans *Rev. Dr. Communal*.

<sup>58</sup> P. Demave, "Une nouvelle catégorie de personnes morales de droit public: les groupements d'intérêt public", *Petites affiches*, 24 juillet 2001, p.9.

<sup>59</sup> Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général, *Services publics locaux et ouverture des marchés: le rôle des entreprises publiques locales*, Bruxelles, Mars 2001, p. 2 (CEEP/OI/Avis.03).

<sup>60</sup> Ph. Quertainmont, "La concurrence du secteur public aux entreprises privées", *A.P.T.*, 1982, pp. 130-131.

<sup>61</sup> Cfr. not. A. Alen et W. Devroey, *Verzelfstanding van bestuursinstellingen in België*, Deventer, 1999 (*Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - Preadvies*), et J. Dujardin, "Verzelfstanding van gemeentediensten als instrument voor een modern management", *Liber Amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, 1997, pp. 479-515.

<sup>62</sup> En 2001, 1255 sociétés d'économie mixte sont recensées (Fédération nationale des sociétés d'économie mixte, *SEM Magazine*, février 2001).

<sup>63</sup> Entités régies par la loi italienne n° 142 du 8 juin 1990 portant organisation des autonomies locales.

<sup>64</sup> Pour un aperçu synoptique, on consultera M. Pelicier, M.-A. Lallemand Flucher et coll., *Les entreprises publiques locales dans les quinze pays de l'Union européenne*, Paris, 1999.

Ce phénomène affiche une ampleur considérable<sup>65</sup> et connaît sans cesse de nouveaux développements<sup>66</sup>. C'est sans doute en y ayant égard que les autorités européennes ont conçu une catégorie particulière de pouvoirs adjudicateurs, les organismes de droit public, dont la définition tient compte tout à la fois de l'élément de filiation à l'égard de pouvoirs publics traditionnels ainsi que de la vocation à rencontrer des enjeux d'intérêt général. C'est à ce stade qu'on comprendra mieux le recours à des concepts très larges qui permettent de tenir compte de ce démembrement de l'administration dans ses manifestations les plus nombreuses.

### 3.2. Distinction entre marché public de services, concession de service public et autres formes de coopération

Dans la deuxième partie de cet article, nous nous sommes intéressé aux conditions dans lesquelles des pouvoirs publics pouvaient établir entre eux des relations contractuelles portant sur certaines prestations. Il ne faudrait toutefois pas voir dans le marché public la seule possibilité de coopération; celle-ci peut, en effet, revêtir d'autres formes: on songera à la concession de service public<sup>67</sup> ou à la dévolution par des communes de missions dont elles ont la charge à des intercommunales qu'elles ont spécialement constituées à cette fin<sup>68</sup>. Ces autres formes doivent être soigneusement distinguées du marché public, et ce, nonobstant les caractéristiques qu'elles peuvent parfois présenter en commun et les approches similaires dont elles feront l'objet.

Il ne saurait être question de se livrer ici à une typologie de ces opérations: sans doute nous bornerons-nous à ouvrir une bouteille à encre, laissant le soin aux plumes inspirées de s'y plonger. Tout au plus, ne voudrions-nous pas laisser échapper l'opportunité que nous offre cette étude de souligner la confusion évidente qui règne actuellement entre ces différentes formes de relations contractuelles, confusion à laquelle le droit communautaire n'est sans doute pas totalement étranger<sup>69</sup> et à laquelle n'ont pas su échapper les jurisprudences développées par les juridictions des Etats membres<sup>70</sup>.

L'analyse du régime des marchés publics passés entre pouvoirs adjudicateurs implique certes d'avoir égard aux autres formes de relations contractuelles (la comparaison sera riche en enseignements), mais contraint à les distinguer soigneusement: une typologie s'avère plus que jamais indispensable: toute tentative, si périlleuse soit-elle, sera bienvenue.

<sup>65</sup> Il semble que pour l'Union européenne, on puisse actuellement dénombrer 13.000 entreprises publiques locales (source: Fédération nationale des sociétés d'économie mixte - [www.insem.asso.fr/ecomix/locales.html](http://www.insem.asso.fr/ecomix/locales.html)).

<sup>66</sup> Tel est, par exemple, le cas, en France, de la récente reconnaissance jurisprudentielle des "groupements d'intérêt public" comme personnes morales de droit public (Trib. Conf., 14 février 2000, *G.I.P. Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris c. Mme Verdier*), groupements qui, devant - semble-t-il - être considérés comme pouvoirs adjudicateurs (P. Demaye, *op.cit.*, p. 16).

<sup>67</sup> Pour une approche brève, mais néanmoins fort utile, de la distinction entre marché public de services et concession de service public, on se référera à Ph. et M.-A. Flamme, "Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (Directive 92/50 CEE du 18 juin 1992)", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1993, pp. 155-157. Cette problématique devra évidemment être alimentée par les études et commentaires qu'a suscités la Communication interprétative de la Commission des Communautés européennes sur les concessions en droit communautaire du 26 avril 2000; cf. not. A. Mattera, "La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, pp.253-311, et Chr. Fouassier, "Vers un véritable droit communautaire des concessions? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative", *R.T.D.E.*, 2000, pp.675-704. On sera également attentif à l'arrêt *Telaustria* rendu par la Cour de justice le 7 décembre 2000 (Aff. C-324/98) (Note L. Richer, *A.J.D.A.*, 2001, pp. 110-112).

<sup>68</sup> Sur la qualification des prestations de services des intercommunales au profit des communes qui en sont membres, et l'applicabilité de la législation sur les marchés publics à ces prestations, on se référera à P. Thiel, *op.cit.*, pp.191-199. Cf. également M.-A. Flamme et coll., *op.cit.*, p. 80.

<sup>69</sup> Ainsi, par exemple, on notera que les Annexes IA et IB à la directive 92/50 relative à la coordination des procédures de passation de marchés des services désignent certaines catégories de services qui peuvent, selon les prestations qu'ils comportent, faire l'objet de marchés ou de concessions.

<sup>70</sup> Une illustration du risque de confusion entre marchés et concessions pour certaines catégories de services est donnée par l'arrêt du Conseil d'Etat de France du 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr, service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin* (A.J.D.A., 1998, pp.632-633 et commentaire de F. Raynaud et P. Fombeur, "Chronique générale de jurisprudence administrative française", *A.J.D.A.*, 1998, pp.553-559).

### 3.3. Affranchissement du régime administratif

La question n'est évidemment pas inédite et nous l'avons soulevée à plusieurs reprises<sup>71</sup>: la qualité de pouvoir adjudicateur emporte-telle celle d'autorité administrative? Les caractéristiques des filiales d'entreprises publiques (dépendance à l'égard d'autres personnes publiques et vocation à la satisfaction de besoins d'intérêt général) leur ménagent une place au cœur de ce débat. L'enjeu n'est pas minime: il en va du contrôle juridictionnel des décisions liées à l'attribution des marchés des filiales, de la qualité intrinsèque de ces décisions ainsi que des garanties offertes aux interlocuteurs des filiales (sur le plan de la transparence et de l'accès aux documents, notamment)<sup>72</sup>. Plus fondamentalement, c'est de l'efficacité de la mise en œuvre de la législation relative aux marchés publics qu'il est question, efficacité dont nous avons pu souligner combien elle reposait non seulement sur cette qualité d'autorité administrative dont il est question ci-dessus, mais également sur le contexte institutionnel dans lequel s'inscrivent les pouvoirs adjudicateurs: pour contraignants qu'ils puissent être, les contrôles ponctuant l'élaboration de décisions administratives offrent une certaine garantie de légalité<sup>73</sup>.

Les données de ce débat ne sont pas sensiblement différentes selon qu'elles mettent en jeu des filiales d'entreprises publiques ou d'autres personnes de droit privé considérées comme pouvoirs adjudicateurs (les A.S.B.L. subventionnées, par exemple). Tout au plus, peut-on faire appel à la jurisprudence de la Cour de Cassation pour ce qui est de la qualité d'autorité administrative et du contrôle juridictionnel des décisions prises par des personnes revêtant une forme de droit privé (société commerciale, en l'occurrence). Dans deux arrêts, *Gimvindus*<sup>74</sup> et *B.A.T.C.*<sup>75</sup>, la Cour paraît enserrer la qualité d'autorité administrative dans des limites dont l'élasticité ne suivrait pas l'important phénomène de dispersion de l'administration dans de nombreux satellites hybrides. Les interprétations divergentes auxquelles ces deux décisions ont donné lieu empêchent d'y déceler à tout prix une réponse péremptoire à cette question que nous avons brièvement rappelée<sup>76</sup>.

### Conclusion

Nous interrogeant sur la qualité de pouvoir adjudicateur susceptible d'être reconnue à une filiale d'entreprise publique, nous avons pu noter qu'elle n'est pas héréditaire (le lien de filiation ne suffit pas à la transmettre) et que la filiation à l'égard d'une entreprise publique ne préjuge pas nécessairement de la reconnaissance de cette qualité, particulièrement en ce qui concerne l'articulation des vocations respectives de la société-mère et de la filiale. Cette reconnaissance impose donc un examen au cas par cas. Cet examen fait appel à des critères dont certains ne peuvent donner lieu à une application automatique, mais laissent la place à un large pouvoir d'appréciation; tel est le cas du critère de vocation à satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Le législateur<sup>77</sup> a ainsi eu recours à des

<sup>71</sup> D. De Rov. "L'application du droit des marchés publics aux A.S.B.L. subventionnées", *J.T.*, 2001, pp. 228-229; Id., "Être ou ne pas être... autorité administrative...", pp. 228-229.

<sup>72</sup> Id., "L'application du droit des marchés publics aux A.S.B.L. subventionnées...", pp. 228-229.

<sup>73</sup> Garantie accrue, faute d'être absolue...

<sup>74</sup> Cass. (ch. réunies), 14 février 1997, *Bull.*, 1997, pp. 233-236.

<sup>75</sup> Cass. (ch. réunies), 10 septembre 1999, *A.P.T.*, 1999, pp. 236 et suiv. (avec concl. de M. le Procureur général J.-M. Piret).

<sup>76</sup> F. Vandendriessche, "De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en B.A.T.C. van het Hof van Cassatie", *R.W.*, 2000, pp. 502-503.

<sup>77</sup> Particulièrement au travers de l'article 4 § 2, 8° de la loi du 24 décembre 1993.

notions floues, sans doute pour appréhender un grand nombre de situations qu'il ne pouvait détailler avec précision, notions qui n'entretiennent pas moins un risque évident d'insécurité juridique pour les uns, de fraude à la loi pour les autres<sup>78</sup>.

Examinant les conditions d'accès aux commandes publiques, nous avons pu noter que les filiales n'en étaient pas exclues. Cette solution est imposée par un principe d'égalité entre opérateurs publics et privés. Si les filiales, à l'instar des autres pouvoirs adjudicateurs, peuvent bénéficier de cette égalité, elles doivent également en assumer les contraintes et accepter les règles du jeu d'une concurrence effective. Ce même principe d'égalité devra donc conduire l'entreprise publique à s'assurer de ce que la filiale ne bénéficie pas de conditions plus favorables que ses concurrents. De ce point de vue, il faut craindre que la proximité entre une filiale et sa société-mère ne permette pas vraiment à celle-ci de se départir de sa position de «juge et partie» qui risque de rendre illusoire ce principe cardinal d'égalité.

Enfin, en identifiant quelques exceptions à l'application de la législation relative aux marchés publics dans les relations entre pouvoirs adjudicateurs, nous avons pu noter certains des effets - sans doute insoupçonnés - que la mise en œuvre de ces exceptions provoquait: la voie d'évasion qu'offre la jurisprudence de Luxembourg à certaines entités dont la qualité de pouvoir adjudicateur n'était pas contestée est bien inquiétante au regard des préoccupations qui avaient animé les autorités communautaires dans la définition du champ d'application ratione personae des directives "Marchés publics".

Ainsi peuvent être résumés les principaux (ou les seuls) enseignements de cette étude: celle-ci ne permet pas d'aller plus avant; tout au plus suggère-t-elle d'attendre les prolongements qui permettront de mieux appréhender la situation des filiales d'entreprises publiques au regard de la législation sur les marchés publics. On peut aisément deviner que ces prolongements seront offerts par la pratique et la réflexion. La pratique amènera sans nul doute les juridictions communautaires et nationales à préciser le contenu et les limites des notions floues qui conditionnent l'application des normes régissant ces commandes publiques. La réflexion ne sera pas inutile pour contraindre les pouvoirs publics à déterminer si, en choisissant de faire assumer une part de leurs tâches par des structures partiellement émancipées des cadres institutionnels et sans doute plus familières aux opérateurs économiques privés, ils acceptent de faire relever, par ces structures, tous les défis qu'impose l'évolution sur un marché concurrentiel: la concurrence effective avec des acteurs privés pour l'accès aux commandes publiques n'en constitue sans doute pas le seul; il n'est pas non plus le moindre.

Plus encore que celle des entreprises publiques, la position ambiguë de leurs filiales se révèle inconfortable<sup>79</sup>.

David De Roy

Référendaire près la Cour de Cassation

Chercheur aux F.U.N.D.P. - Namur

(Centre de Recherches Informatique et Droit)

<sup>78</sup> Risque souligné par Mr. l'Av. gén. Ph. Léger, dans ses conclusions précédant l'arrêt Mannesmann (not. pts 77, 95 et 98-99).

<sup>79</sup> D. De Roy, "La notion d'«entreprise publique» dans la législation relative aux marchés publics...", p. 27.